VI.

Ueber die Frage:

Wer hat bei Obligationen die Gefahr zu tragen?

Von C. G. Wächter.

Die Frage über die Folge des Zufalls bei Obligationen theilt mit so manchen praktisch wichtigen Lehren unsers positiven Rechts das Schicksal, Jahrhunderte hindurch nicht blos in Detailpuncten, sondern zum Theil selbst in den Principien bestritten zu seyn. Auch in unserer Zeit herrscht über die hier aufzustellenden Principien noch keine Einigkeit. Hievon kann man sich leicht überzeugen, wenn man die Werke, welche die Wissenschaft auf ihrem neuesten Standpuncte zu geben bemüht sind, unsere Lehrbücher und Handbücher vergleicht. Unter diesen Umständen und bei der unläugbaren Wichtigkeit der Frage bedarf es wohl keiner weitern Rechtfertigung, wenn hier dieselbe, wenigstens in einigen wichtigen Puncten, einer neuen Untersuchung unterworfen wird.

Zu diesen wichtigeren Puncten gehört unstreitig der: ob bei einem onerosen Vertrage, wenn die eine Parthie durch Zufall nichts oder nur Verschlechtertes leisten kann, der Gegner nun die Gefahr so trägt, daß er dennoch seine Gegenleistung geben muß, und wenn er sie schon gegeben hat, sie nicht mehr zurückfordern darf. Die Meisten glauben diese Frage verneinen zu müssen, theils aus allgemeinen Principien, theils aus Rücksicht auf einzelne Entscheidungen in den Quellen. Nur machten ihnen dabei die entgegengesetzten Bestimmungen der Quellen über Kauf und in einigen Stellen über Innominat-Contracte Schwierigkeiten, und da wird dann viel darüber gestritten, wie diese theils zu erklären, theils zu

entfernen seyen. Sehr Viele halten die gesetzlichen Bestimmungen beim Kaufe für bloße, auf den Kauf zu beschränkende, Singularitäten, und suchen dann die anderen, scheinbar ihrer Ansicht widersprechenden Stellen, durch verschiedene Interpretationen wegzuräumen.

Dagegen wurde die Frage von Schweppe [1]) und später auch von v. Wening [2]) wenigstens bei allen, das Eigenthum übertragenden zweiseitigen Verträgen bejaht. Noch weiter ging ich früher, indem ich sie für die Regel bei allen onerosen Verträgen, mit Ausnahme der auf Gebrauchsverstattung einer Sache oder auf Dienstleistungen gerichteten bejahte [3]). Gegen diese meine Ansicht erklärte sich aber wieder Thibaut [4]); ebenso vertheidigt auch Mühlenbruch die entgegengesetzte Ansicht [5]), und so dürfte besonders bei diesen beiden letztern, so höchst gewichtigen, Auctoritäten eine wiederholte Untersuchung gerade dieser Frage gewiß von Interesse seyn. Um aber dieselbe gehörig anstellen zu können, und um überhaupt die gewöhnlich über die Gefahr bei Obligationen aufgestellten allgemeinen Grundsätze, aus welchen auch für jene Frage gefolgert wird, näher zu prüfen, wird es nöthig seyn, hier etwas weiter auszuholen, und sich namentlich zunächst über den Sprachgebrauch der Quellen zu verständigen.

---

1) Das Römische Privatrecht. 3te Ausg. 1822. §. 430. (vergl. aber §. 620. Note 9.)

2) v. Wening Lehrbuch des gem. Civilrechts. Buch III. §. 135.

3) **Doctrina de condictione causa data, causa non secuta etc. Tub. 1822. p. 128—133.** Früher schon stellte, wie ich jetzt erst finde, die gleiche Ansicht auch **Jo. Chn. Brandenburg princ. quaed. generalia de damno casuali, ejusque praestatione. Goett. 1793. 4. p. 15.**

4) Pandectenrecht. 7te Ausg. §. 175. Note a.

5) **Doctrina pandect. ed. 3. §. 362.**

I.

Die Frage, was bedeuten in unsern Quellen bei Obligationen, welche auf Sachleistungen gerichtet sind, die Ausdrücke: res meo periculo est, res mihi perit, meum erit damnum, ad incommodum meum pertinet und dergleichen, und in welchem Sinne haben wir hiernach unser „die Gefahr tragen" bei Obligationen zu nehmen — ist, so viel mir wenigstens bekannt ist, bis jetzt noch nicht genauer untersucht worden. Und doch ist diese Frage für die Interpretation der in unsere Lehre einschlagenden Quellenstellen sehr von Wichtigkeit. Auch dürfte sie noch in einer andern Beziehung nicht ohne Interesse seyn. Bei uns werden nämlich jene Ausdrücke häufig, auch von einem und demselben Schriftsteller, in dem verschiedensten Sinne und in den verschiedensten Beziehungen genommen, so daß sie eigentlich keine feste Bedeutung hätten, und wenn man daher, wenn man genau seyn wollte, nur in wenigen Fällen sie absolut gebrauchen könnte, in der Regel durch nähere Beisätze bestimmen müsse, in welcher Beziehung die Ausdrücke gerade hier zu nehmen seyen. Da aber dennoch diese Ausdrücke häufig auch ohne nähern Beisatz gebraucht werden: so muß daraus nothwendig ein Schwanken und eine Unsicherheit entstehen, auf welche wohl aufmerksam gemacht werden dürfte. Auch könnte man leicht zu der Annahme verleitet werden, als ob auch unsere Quellen ebenso ihr periculo meo res est und dergleichen, bald in diesem, bald in jenem Sinne genommen hätten, und dadurch — wie dies wirklich öfters der Fall war — zu Auslegungen unserer Quellen kommen, die dem wahren Sinne derselben widersprechen.

So scheint, um jenes nur durch einige Beispiele zu belegen, Thibaut (Pandectenrecht §. 175. Lit. B.) den Ausdruck: „das periculum interitus Tragen" in zwei völlig entgegengesetzten Bedeutungen zu nehmen. Er sagt a. a. O. bei Note x: bei noch nicht erfüllten Verträgen, die auf ein Geben gehen, habe, wenn das Object in aller Rücksicht gewiß

sey, „der Acceptant das periculum interitus zu tragen.“ Hiebei ergibt sich aus dem bei Note y. und z. Beigefügten, daß das Tragen des periculum interitus hier blos in dem Sinne genommen wird, daß der Acceptant nun eben nichts bekomme; denn seine Gegenleistung soll er (außer beim Kaufe) nicht zu zahlen brauchen. In einem gleichen Sinne wird dann das, „es schadet dem Acceptanten“ bei Note d. gebraucht, d. h. in dem Sinne, er bekommt nichts, zahlt aber auch nichts. Hier möchte man schon einwenden, daß ja bei solchen Entscheidungen eben so sehr auch den Promittenten, dessen Sache vernichtet wird (bei onerosen Verträgen), die Gefahr trifft, indem er ja auch nichts bekommt, oder daß sogar den Promittenten noch weit mehr, als den Acceptanten, die Gefahr trifft, indem er durch den Zufall seine Sache verlieren und vom Acceptanten nichts dafür bekommen würde, er also eigentlich allein es wäre, den am Ende der Schaden trifft. Außerdem aber wird in denselben Paragraphen das Tragen des periculum interitus noch in einem ganz anderen Sinne genommen. So heißt es bei Note c: bei einem bedingten Vertrage „trage der Acceptant das periculum interitus nicht.“ Da nun aber hier der Acceptant auch nichts bekommt (und seine Gegenleistung nicht zu zahlen braucht), ganz wie in den Fällen bei Note x., für die letzteren Fälle aber gesagt ist, daß er in ihnen das periculum interitus trage: so muß bei Note c. das Tragen des periculum in einem ganz andern Sinne genommen seyn, als bei Note x., und wohl in dem, daß er, wenn er das periculum zu tragen hätte, nichts bekommen würde, aber doch seine Gegenleistung geben müßte, und nun, weil er es nicht zu tragen hat, zwar nichts bekommt, aber auch seine Gegenleistung nicht zu geben hat. Ebenso ist bei Note i. vom Vertrage ad justum gesagt: der Acceptant trage das periculum nicht außer vom Augenblicke der Billigung oder mora an. Aber auch hier bezieht sich das Tragen des periculum nicht auf das Nichtsbekommen (denn in beiden Fällen bekommt er nichts, wenn die Sache unter-

geht), sondern blos auf das Zahlen der Gegenleistung; im ersteren Falle zahlt er sie nicht, wohl aber in letzterem. Hier bedeutet also wieder „er trägt das periculum nicht" so viel als: er bekommt nichts, zahlt aber auch nicht seine Gegenleistung, während bei Note x. ganz dasselbe bezeichnet wird durch: „er trägt das periculum." Ein solcher Sprachgebrauch dürfte aber wohl weder an sich zu billigen, noch der unserer Quellen seyn.

In einem ähnlichen Sinne scheint Mühlenbruch (doctr. pand. edit. 3. §. 362.) das Tragen des periculum zu nehmen. Er sagt nämlich von dem Falle, wenn die zu leistende Species durch Zufall zu Grunde geht, daß hier in der Regel beide Partheien das periculum tragen, daß somit das periculum getheilt sey („ad utrumque, et creditorem et debitorem periculum spectat") nämlich so, daß der Schuldner seine Sache verliere und das Recht auf die Gegenleistung, der Gläubiger aber vom Schuldner nichts fordern könne †). So wäre es somit für den Schuldner ein Tragen des periculum, daß er seine Sache verliert und nichts dafür bekommt, oder bei lucrativen Geschäften, daß er überhaupt seine Sache verliert; für den Gläubiger aber würde bei onerosen Geschäften schon darin ein Tragen der Gefahr liegen, daß er nichts fordern kann, wiewohl er seine Gegenleistung nicht zu geben braucht, oder sie zurückfordern darf. Hiemit scheint es sich aber nicht in Harmonie setzen zu lassen, wenn

†) Deshalb sagt auch Mühlenbruch: „**Quemadmodum igitur in causis onerosis casus periculum** ***ad debitorem fert*** **respicit: sic in lucrativis creditor** ***potissimum*** **adficitur damno.**" Uebrigens nimmt Mühlenbruch das **periculum**, wenn er es ohne nähere Bestimmung gebraucht, auch in einem umfassenderen Sinne. So ist z. B. sein „**periculum rei venditae, ad emtorem spectat**" in dem Sinne zu nehmen: der Käufer kann nicht nur nichts fordern, sondern muß auch seine Gegenleistung bezahlen. Vergl. Dens. a. a. O. §. 397. bei Note 1. u. 2. und am Ende der Note 2. Auch §. 373. Nro. 1. 5.

Mühlenbruch (a. a. O. §. 397. Note 2 w. f.) sagt, bei bedingten Käufen trage der Käufer blos das periculum deteriorationis, das *periculum interitus* aber treffe den Verkäufer. Denn im letzteren Falle gilt von beiden Partheien ganz, was Mühlenbruch im §. 362. sagt: d. h. der Verkäufer ipsius rei et pretii jacturam facit, der Käufer aber obligationis jure privatur, und so müßte eigentlich nach §. 362. gesagt werden, daß beim bedingten Kaufe das Periculum beide Partheien treffe, gerade wie das Gleiche auch bei einem Kaufe ad pondus, mensuram gustum u. s. w. gesagt werden müßte.

Zur Nachweisung des Sprachgebrauches der Quellen lassen sich natürlich nur diejenigen Stellen benutzen, deren Sinn sich auf eine unzweifelhafte Weise darlegen läßt. Aus diesen werden wir dann aber auch die zweifelhaften Stellen erklären dürfen und müssen.

Wir wollen zunächst von Dem ausgehen, was die Gesetze nicht durch res meo periculo est, res mihi perit und dergl. bezeichnen. Sie bezeichnen bei Obligationen, die auf Sachleistung gehen,

1) nicht so den Umstand, daß der Eigenthümer sein Eigenthum verliert. Weder bei einseitigen Obligationen, d. h. solchen, bei welchen der Eigenthümer keine Gegenleistung gibt, noch bei zweiseitigen, d. h. solchen, bei welchen Leistung und Gegenleistung vorkommt, rechnen sie dies zum periculum, noch nennen sie es res mihi perit u. dergl. So verliert beim Kaufe der Verkäufer, wenn vor der Uebergabe die verkaufte Sache untergeht, allerdings zunächst sein Eigenthum, und dies ist für ihn immerhin von einigem Interesse, nicht blos dann, wenn er erst in einem spätern Termin zu leisten hatte, sondern überhaupt schon deshalb, weil er dadurch an Sicherheit gegen den Käufer verliert. Dennoch sagen unsere Gesetze, daß er das periculum nicht trage, daß nicht ihm res perit, eben weil das periculum bei der Obligation in etwas ganz Anderem liegt, und er dieses Andere nicht zu

tragen hat [6]. Nur wo dieses Andere ihn trifft, sagen die Quellen, er trage das periculum. So trägt er, wenn er zwei Sachen alternativ verkaufte, das periculum der zuerst vernichteten. Allein hier kann der Umstand, daß er rei jacturam facit, nicht das periculum bedeuten — schon deshalb, weil die Gesetze sagen, daß das periculum der zuletzt vernichteten Sachen den Käufer treffe, während doch auch hier der Verkäufer seine Sache verliert —, sondern blos den Umstand kann hier das periculum bedeuten, daß er jene Sache ohne allen Erfolg verliert [7]. Ebenso trägt der Verkäufer vor der Zumessung der gekauften Sache und bei einer Suspensivbedingung das periculum interitus. Allein dies heißt wieder nicht, er verliert seine Sache, sondern er verliert sein Recht auf die Gegenleistung [8]. Denn in den Fällen, in welchen er sein Recht auf die Gegenleistung behält, heißt es: *desinit* ejus esse periculum, periculo *liberatur,* wiewohl er in diesen Fällen auch sein Eigenthum verliert [9]. Eben so wird bei

6) Ja sie sagen: der emtor trage *omne* periculum D. XVIII. 6. de peric. rei v. l. 4. §. 1., so daß also der Umstand des Eigenthumsverlustes unmöglich auch noch zum periculum gehören kann. vgl. auch l. 16. eod.

7) D. XVIII. 1. d. C. E. l. 34. §. 6. „prioris periculum ad venditorem, posterioris ad emtorem respicit, sed et si pariter decesserunt, pretium *debebitur* unus *enim* utique periculo emtoris vixit.“ Zwar verliert bei der zuerst untergehenden Sache auch der Käufer etwas; er kann nicht mehr die untergegangene Sache, auch nicht einmal ihren Werth (alternativ mit der andern Sache) verlangen, und hatte er das Wahlrecht: so verliert er auch dieses. Dennoch sprechen hier die Quellen blos vom periculum des Verkäufers, weil sie jene Verluste nicht zum periculum bei der Obligation zählen, und überall es vermeiden, von einem getheilten periculum zu sprechen.

8) D. XVIII. 6. de peric. rei vend. l. 8. pr. l. 5.

9) D. eod. l. 1. §. 1. Gerade auch die Stellen, welche darauf hindeuten, daß der Verkäufer noch Eigenthümer sey, sagen deßhalb doch nicht, daß hier das periculum getheilt sey. s. z. B. D. eod. l. 16. C. IV. 48. de per. r. v. cst. 6. J. III. 23. de emt. §. 3.

andern Obligationen von dem Schuldner, welcher im Verzuge, sobald derselbe seinen Verzug purgirt, und deßhalb nun durch den Untergang seiner Sache von seiner Schuld befreit wird, gesagt: periculo liberatur, desinit periculum ad eum pertinere, wie wohl er durch den Untergang sein Eigenthum verliert [10]. Was die einseitigen Obligationen betrifft, so wird unten gezeigt werden, daß auch bei ihnen der Umstand, daß der Eigenthümer durch den Zufall seine Sache verliert, für sich niemals zum Periculum gerechnet, und niemals res meo periculo est und dergl. bezeichnet wird, und daß auch hier die Quellen nie von einem getheilten Periculum sprechen, was sie thun müßten, wenn sie jenen Umstand schon für sich zum Periculum zählten [11].

2) den Umstand allein, daß der Gläubiger bei solchen zweiseitigen Obligationen, bei denen für die Leistung einer Sache eine Gegenleistung gegeben werden soll, wegen des vernichtenden Zufalls nichts, weder die schuldige Sache, noch Ersatz für sie fordern kann, daß er seinen Anspruch aus der Obligation verliert, nennen die Gesetze niemals periculum [12], sondern es kommt hier auf die Frage an, ob er

10) z. B. D. XLVI. 2. de novat. l. 8. pr. XLVI. 3. de solutt. l. 72. §. 2.

11) s. unten bes. bei Note 20. und folg. Außer den dort gegebenen Belegen könnten noch weitere angeführt werden. — So ist, um nur dies Eine noch zu bemerken, bei dem nauticum foenus der Schuldner Eigenthümer der Sache, wird aber durch ihren zufälligen Untergang von seiner Schuld befreit. Dennoch sagen hier die Quellen immer blos res periculo creditoris est, periculum ad debitorem non pertinet, wiewohl der Schuldner durch den casus sein Eigenthum verliert. l. IV. 33. de naut. foen. cst. 1. 4. D. XXII. 2. c. t. l. 3.

12) In den angeführten Puncten, besonders aber in den hier bemerkten, sind sehr Viele anderer Meinung. So werden die Worte: periculo meo Stichus erit in D. XIX. 5. d. praesc. verb. a. l. 5. §. 1. schon von der Glosse, ferner von Cujacius (Obs.

seine Gegenleistung geben oder dem Gegner lassen muß. Kann er nichts fordern, und muß er doch seine Gegenleistung geben, oder dem Gegner lassen, dann sagen die Gesetze: er trage das Periculum. Allein, wenn er nichts fordern darf, aber auch seine Gegenleistung nicht zu geben braucht oder sie vom Gegner zurückfordern kann: dann sagen die Gesetze nie von ihm, er trage das Periculum, indem sie den Verlust des Anspruchs allein, ohne Verlust der Leistung, die man schuldete, hier nie durch res meo pericolo est und dergl. bezeichnen.

In den vielen Stellen und ganzen Titeln unserer Quellen, die ich zum Zwecke dieser Untersuchung besonders durchging, fand ich nirgends das „res periculo mihi est, mihi perit" und dergl. in diesem letzteren Sinne genommen. Freilich könnte man sagen, daß dadurch die Negative noch gar nicht bewiesen sey, da mir ja auch entgegengesetzte Stellen entgangen seyn könnten. Allein es dürfte sich wohl aus Folgendem auch positiv ergeben, daß die Quellen jenen Sinn mit periculum nicht verbinden konnten. Es ist anerkannt, daß, wenn Jemand einen erst noch zuzumessenden Theil seines Weines oder

XXIII. 19.), Donellus (Comm. de jur. civ. XIV. 21.), Retes (bei Meermann thes. T. VI. p. 96.), Glück (Pand. Com. B. XIII. S. 47) und nun auch von Mühlenbruch (doctr. pand. ed. 3. §. 362 Note 4.) von einem „obligationis periculum" in dem Sinne genommen, daß der Gläubiger seinen Anspruch verliert, somit weder die schuldige Sache, noch ihren Werth fordern kann, aber seine Gegenleistung nicht zu geben braucht und sie zurückfordern darf. Allein in dieser Stelle selbst scheint schon das Gegentheil zu liegen, wie unten zu zeigen versucht werden soll. Wäre dies aber auch nicht der Fall, so könnte dann jedenfalls diese Stelle nicht als Beweis für einen Sprachgebrauch gebraucht werden, da sie dann das periculo meo est unbestimmt ausspricht, und die Bedeutung dieses Ausdrucks erst aus andern klaren und nicht bestreitbaren Stellen ermittelt und bestimmt werden müßte. Für solche Stellen und für Streitfragen über ihren Sinn ist dann gerade die obige Untersuchung von besonderer Wichtigkeit.

eine Sache ad gustum verkauft, und vor dem Zumessen oder Probiren die Sache zu Grunde geht, der Käufer seine Gegenleistung nicht zu zahlen braucht, und die etwa vorausbezahlte zurückfordern darf, aber auch vom Verkäufer nichts fordern kann, weder Sache noch Entschädigung. Hier trägt somit der Käufer in dem Sinne der in Note 12. Angeführten das „Obligationis periculum.“ Allein niemals sagen die Römischen Juristen und Gesetze in einem solchen Falle, daß der Käufer das periculum auch nur theilweise trage, sondern sie sagen im Gegentheil: *omne periculum ad venditorem pertinet* [13]). So könnten sie aber unmöglich sagen, wenn sie je einmal das obligationis periculum bei zweiseitigen Obligationen in den Verlust des Anspruches ohne die Verbindlichkeit zu leisten, oder mit dem Zurückforderungsrechte der Leistung gesetzt hätten. Ebenso ist es bei bedingten Käufen anerkannt, daß, wenn die Sache vor Eintritt der Bedingung untergeht, der Käufer nichts, auch nicht den Werth der Sache bekommt, aber auch nichts zu zahlen braucht. Es würde ihm also in diesem Falle wieder nach dem Sinne der Angeführten das obligationis periculum treffen, und doch sprechen hier die Gesetze nicht von periculum emtoris, außer wenn er durch besondern Vertrag das periculum übernahm, wo es dann aber etwas ganz Anderes — nämlich das Haften für seine Gegenleistung, sollte er auch nichts bekommen — bedeutet [14]). So ist es endlich bei der Miethe anerkannter Grundsatz, daß, wenn die gemiethete Sache durch Zufall zu Grunde geht, der Miether sein Recht

13) D. XVIII. 1. de C. E. l. 35. §. 7. vergl. XVIII. 6. de peric. r. v. l. 8. pr. l. 1. pr. §. 1. l. 4. pr.

14) D. eod. l. 10. pr. vergl. mit l. 8. pr. Ging die Sache vor Abschluß des Vertrags zu Grunde, ohne daß die Partheien es wußten, so bekommt natürlich auch derjenige, dem sie versprochen wurde, nichts, zahlt aber auch nichts; doch sagen auch hier die Gesetze nie res ei periit, damnum ad eum pertinet. Vergl. z. B. D. XVIII. 1. d. C. E. l. 44. 57. pr. l. 58.

aus der Obligatio für die Folgezeit verliert (aber auch nichts weiter für dieselbe zu zahlen braucht), und doch wird man keine Stelle in unsern Quellen finden, welche sagte, daß hier den Miether auch ein Periculum treffe.

Das Periculum bei einer auf Sachleistung gerichteten Obligation nehmen vielmehr unsere Gesetze immer blos in Beziehung auf das Zahlenmüssen und auf den Verlust ohne dafür Ersatz zu bekommen. Wer zahlen muß, ungeachtet er die Gegenleistung nicht bekommt, wer zahlen muß, ungeachtet seine Sache unterging, wer dem Gegner den Werth der untergegangenen Sache ersetzen muß, wer seinen Anspruch verliert, ohne dafür Ersatz zu bekommen, von Dem allein sagen die Quellen, er trage das Periculum. So wird nämlich in unsern Quellen

1) bei einseitigen Obligationen

a) von dem Schuldner allein gesagt, er trage das Periculum, wenn er ungeachtet des Untergangs der Sache doch zahlen muß, nicht liberirt wird, also entweder Ersatz in Geld geben, oder eine andere Sache zahlen muß.

b) von dem Gläubiger dagegen wird gesagt, er allein trage das Periculum, wenn er seine Forderung ohne Ersatz verliert, wenn er also vom Schulder beim Untergang der Sache nichts mehr fordern kann, weder eine andere Sache, noch anderweiten Ersatz.

Deßhalb heißt es beim Darlehen, der Entlehner trage das Periculum, weil er durch den Untergang der Sache nicht liberirt wird, sondern eine andere zahlen muß [15]), deßhalb wird in den Fällen der l. 4. pr. und l. 11. pr. D. XII. de R. C., in welchen der Gläubiger sein Eigenthum verliert,

---

15) So wird gerade dieses periculum (vergl. D. XII. 1. de R. C. l. 9. §. 9.) erklärt durch „nihilominus obligatus permanet" in D. XLIV. 7. de O. et A. l. 1. §. 4. J. III. 14. quib. mod. re §. 2.

doch das Periculum dem Schuldner zugeschrieben und gesagt: depositum periculo est ejus, qui suscepit, periculo suo rem habet, res ei perit, weil der Schuldner trotz des Untergangs des Empfangenen verhaftet bleibt, während in der l. 11. cit. dann dem Geber die Sache perit, wenn durch ihren Untergang der Schuldner liberirt wird [16]. Aus demselben Grunde heißt es: debitori pignora perire, weil er verliert, und dennoch seine Schuld schuldig bleibt [17]. Deßhalb heißt es bei Vermächtnissen, beim Depositum und dergl., daß der Schuldner post moram die Gefahr trage, weil er durch den Zufall nicht liberirt wird, sondern Ersatz geben muß [18]. Purgirt er aber seine Mora, so heißt es: *desinit* periculum ad eum pertinere, weil er dann durch den Untergang der Sache liberirt wird [19]. Aus demselben Grunde wird bei alternativen Obligationen gesagt, daß das Periculum der zuerst untergehenden Sache den Schuldner treffe, weil der Schuldner durch ihren Untergang nicht liberirt wird, also verliert, ohne Ersatz (durch Freiwerden von seiner Verbindlichkeit) zu bekommen. Deßhalb ferner wird beim Commodate, beim Depositum, bei Vermächtnissen vom Gläubiger gesagt, er trage das Periculum, weil er durch den Untergang der Sache seine Forderung an den Schuldner ohne Ersatz verliert.

Zwar müßte man sagen, daß ja in dem zuletzt angegebenen Falle auch der Gläubiger sein Eigenthum verliere, und hierin das Periculum liege. Allein, daß die Römer hier-

---

16) Ueber diese Fälle s. unten bei Note 50. f.

17) Ueber diesen Fall s. noch Näheres unten bei Note 56. u. f.

18) So das depositum „post moram *periculo* est ejus, apud quem depositum erit. D. XVI. 3. dep. l. 12. §. 3. ferner „servus legatus post moram heredis *periculo* ejus vivit et deterior fit.“ D. XXX. de legat. 1. l. 108. §. 11. auch C. VI. 47. de usur. legator. cst. 3.

19) S. die Stellen der Note 10., daß dieses „periculo liberatur“ als ganz gleichbedeutend genommen wird mit „desinet teneri,“ ergibt sich besonders auch aus D. XLVI. 3. de solutt. l. 72. pr.

ein das Periculum nicht setzten, erweis't sich leicht. Würden sie nämlich in jenen Umstand das Periculum setzen, so müßten sie beim Commodate und Depositum, wenn die Sache bei dem morosen Schuldner untergeht, von einem getheilten Periculum sprechen, weil hier der Schuldner Ersatz geben muß, und der Gläubiger sein Eigenthum verliert. Dennoch sagen sie hier ganz allgemein, blos der Schuldner trage die Gefahr, eben weil das Periculum in Betreff der Obligation ihn allein trifft [20]).

Der hier behauptete Sprachgebrauch beweis't sich auch noch durch andere Momente. Wenn Jemand eine ihm gehörige Species zu leisten hat, ohne eine Gegenleistung dafür zu bekommen: so ist es anerkannter Grundsatz, daß hier der Gläubiger, wenn die Sache untergeht, nichts mehr fordern kann. Würde man nun den Verlust des Eigenthums auch zum Periculum rechnen, so müßte man hier wieder sagen: es sey das Periculum getheilt, das heiße: der Schuldner verliere durch den Zufall sein Eigenthum und der Gläubiger seine Forderung. Allein unsere Quellen sprechen in solchen Fällen niemals von einer getheilten Gefahr, sondern sagen immer blos: der Gläubiger trage die Gefahr. Und mit Recht. Denn für die Obligation ist zunächst nur die Frage von Wichtigkeit: muß geleistet werden? ist geleistet worden? muß das ursprüngliche Object geleistet oder muß Ersatz für dasselbe gegeben werden? Befreit hier nur irgend ein Umstand den Schuldner von seiner ganzen Obligation, so hat er nicht verloren, und ist es auch ein die Sache vernichtender Zufall, der ihn befreit, und der ihm somit das Eigenthum seiner Sache nimmt, so ist es doch im Wesentlichen der Gläubiger allein, der verliert. Denn der Umstand, daß der Schuldner auch sein Eigenthum verliert, ist für ihn hier ganz indifferent, wenn man den wesentlichen Punct

---

20) s. Note 18. Vergl. auch D. XIII. 6. Commod. l. 5. §. 7. XII. 1. de R. C. l. 4. pr.

der Obligation, ihre Erfüllung und den Zeitpunct ihrer Fälligkeit in's Auge faßt, da ja der Schuldner in diesem Zeitpuncte, wenn auch die Sache noch existirte, sie doch hergeben, also sie doch missen müßte. Dies allein kann auch der Grund seyn, warum in solchen Fällen die Gesetze niemals sagen, das periculum sey zwischen beiden Partheien getheilt, warum sie vielmehr in solchen Fällen als die einzige (für die Obligatio wichtige) Wirkung nur anführen: der Schuldner wird frei [21]), oder blos sagen: der Gläubiger trägt das periculum [22]). Ebenso erklärt es sich allein aus diesem Grunde, warum sie bei mora des Schuldners nicht als Gegensatz sagen: hier trage der Schuldner nun allein das periculum (weil er das Eigenthum der Sache verliere und noch dazu dem Gläubiger doch leisten — Ersatz geben — muß), wie sie sagen müßten, wenn sie im ersteren Falle an ein getheiltes Periculum denken würden. Vielmehr sagen sie blos: der Schuldner bleibt verpflichtet, muß die aestimatio zahlen, und dergleichen, oder: das Periculum, das ohne mora den Gläubiger treffen würde, trägt nun bei Mora der Schuldner [23]), weil er durch den Zufall nicht frei

---

21) „Non tenetur promissor," „Nihil nobis debetur" „liberatur." D. XLV. 1. de V. O. l. 33. 37. XXXV. 2. ad l. Fals. l. 30. §. 4. XLIV. 7. de O. et A. l. 45. XXXI. de legat. 2. l. 11. § 1. verb. si dixerit etc.

22) D. XLVI. 3. de solutt. l. 39. init. So heißt es auch in l. 72. §. 2. eod. Der Schuldner „periculo liberatur" in einem Falle, in welchem er von der Leistung gegen den Gläubiger frei wird, wiewohl er auch sein Eigenthum verliert.

23) D. XIII. 5. de pec. const. l. 23. XXX. de legat. 1. l. 47. §. 6. l. 108. §. 11. Hier erst, wo der Schuldner nicht blos sein Eigenthum verliert, sondern noch dazu verpflichtet bleibt, sagen sie: res cum detrimento rei perit. D. XVI. 3. Depos. l. 12. §. 3. „Quemadmodum, quod *ex stipulatu* vel *ex testamento* dari oportet, post judicium acceptum cum detrimento rei periret etc." Vergl. auch D. XII. 1. de R. C. l 5.

wird, sondern Ersatz leisten muß. Sie fassen also auch hier blos die Obligation und ihr Wesen in's Auge, wie auch wir in solchen Fällen es thun sollten.

2) Auch bei zweiseitigen Obligationen beziehen die Quellen das Periculum blos auf das Zahlenmüssen und auf den Verlust in Betreff des Hauptgegenstandes der Obligation, ohne Ersatz dafür zu bekommen. Eben deshalb können sie hier so wenig, wie bei einseitigen Obligationen, je von einem getheilten Periculum, von Fällen, in welchen beide Partheien das Periculum treffe, sprechen. Nur ist hier Das zu beachten. Verliere ich bei zweiseitigen, auf Sachleistungen gerichteten, Obligationen meinen Anspruch an meinen Gegner, aber so, daß ich nun dagegen auch meine schuldige Gegenleistung nicht zu zahlen brauche: so nehmen die Quellen dies schon als Ersatz für meinen Verlust, und sagen daher, daß ich hier das Periculum nicht trage. Und dies auch gewiß nicht mit Unrecht. Denn das Aequivalent meines Anspruchs ist die Gegenleistung, die ich geben muß. Werde ich von dieser frei, so habe ich eben damit ein Aequivalent für meinen verlornen Anspruch erhalten, und man kann nicht mehr sagen, daß das Verlorne auf meine Gefahr stand. Zwar kann mir aus speciellen Rücksichten der Anspruch lieber seyn, als das Aequivalent, als das Freiwerden von meiner Gegenleistung. Allein dies verschwindet, wenn wir die gegenseitige Obligation rein objectiv in's Auge fassen. Es liegt hier Leistung und Gegenleistung vor. Jeder der beiden Theile soll Eines davon bekommen. Wer Eines bekommt, verliert am Ende an wahrem Werthe nicht, oder nur in geringeren Differenzen; derjenige aber, welcher weder das Eine noch das Andere bekommt, welcher beides verliert, dieser ist hier der eigentliche Verlierende. Deshalb sprechen die Gesetze nur bei Diesem vom Periculum, ihm res perit, ejus est detrimentum. Dabei gewinnen sie noch dies, daß diese Ausdrücke bei ihnen eine ganz feste, jeden Zweifel und alles Schwankende entfernende Bedeutung bekommen.

Es bedeuten nämlich diese Ausdrücke in unsern Quellen bei zweiseitigen, auf Sachleistung gerichteten, Obligationen

a) wenn sie in Beziehung auf den Promittenten, auf Den gebraucht werden, welcher leisten sollte und die Sache, welche er zu leisten hat, untergeht — so viel: er verliert die Sache ohne Ersatz, d. h. entweder er bekommt nun keine Gegenleistung, oder er bekommt sie zwar, muß aber für die untergegangene Sache etwas Anderes geben [24]). Deshalb sagen die Quellen: bei einem Kaufe ad pondus, mensuram, gustum u. dergl. trage der Verkäufer vor der Zumessung u. s. w. *omne periculum*, weil er hier die Sache ohne Ersatz, d. h. ohne die Gegenleistung fordern zu können, verliert [25]). Ist aber die Zumessung geschehen, so heißt es dann *desinit ejus esse periculum*, und wenn er nicht auf's Zumessen, sondern unbedingt verkaufte, so heißt es *periculo liberatur* [26]). Da er nun in allen diesen Fällen seine Sache verliert, und der Unterschied zwischen den letzteren Fällen und dem ersteren blos darin besteht, daß er in dem ersteren keine Gegenleistung, und somit keinen Ersatz für seinen Verlust bekommt, wohl aber in den letzteren: so ergibt sich, daß periculum blos jenes Verliehene ohne Ersatz bedeutet. — So steht bei zwei alternativ verkauften Sachen die zuerst untergehende „periculo venditoris,“ weil er diese verliert, ohne Ersatz für sie zu bekommen [27]). So steht ferner das Kaufgeld

---

24) Betrifft die Obligation nicht eine Gegenleistung für die Sache, sondern geht sie zunächst auf Handlungen, die in Beziehung auf eine Sache vorzunehmen sind, so bedeutet periculum *a.* für den Gläubiger, Verlust der Sache ohne Ersatz, *b.* für den Schuldner, für die beschädigte oder untergegangene Sache Ersatz geben müssen: s. z. B. D. XIX. 3. de aestim. l. 1. §. 1. XIX. 5. de praesc. verb. act. l. 17. §. 1. IX. 4. Naut. caup. l. 3. pr. l. 4. pr. XIX. 2. loc. l. 13. §. 5.

25) s. Note 13.

26) D. XVIII. 6. de peric. r. v. l. 1. §. 1.

27) s. Note 7.

„periculo emtoris“ (wenn der Verkäufer nicht im Empfangsverzuge war) [28]. Dies heißt aber nichts anderes, als: er verliert das Geld ohne Ersatz, d. h. er bekommt zwar hier die Gegenleistung, die gekaufte Sache, muß aber statt des verlornen Geldes Anderes geben.

Daß unsere Quellen hier nur in das Verlieren ohne Ersatz oder in das Ersatzgebenmüssen das periculum setzen, und daß sie den Umstand allein, wenn der Promittent die Sache verliert, nicht schon durch res periculo ejus est etc. bezeichnen (sobald er dafür durch die Gegenleistung seines Gegners Ersatz bekommt): dies ergibt sich auch daraus, daß sie in letzterem Falle immer sagen: der Gegner trage das Periculum. Wenn nämlich

b) derjenige, welcher die Sache bekommen soll, wegen des Zufalls nichts oder nur Verschlechtertes bekommt, so sagen die Quellen, er trage das Periculum, falls er nicht von seiner Gegenleistung, die er für die Sache versprach, frei wird, falls er diese doch geben muß [29]. Denn hier ist er dann allein der Verlierende.

So heißt es von dem Verkäufer, welcher im Empfangsverzuge ist, daß das deponirte Kaufgeld auf sein Periculum stehe, weil er, wenn es zu Grunde geht, für seine Gegenleistung nichts bekommt [30]. Ueberhaupt erweis't sich dieser Sprachgebrauch vollständig schon durch die vielen Stellen über das periculum rei *venditae*. Vom Verkäufer wird gesagt, er trage das periculum, und er ist es, welcher, wenn das Kaufsobject untergeht, Sache und Preis verliert; so bald er blos die Sache verliert, aber den Preis nicht zu zahlen braucht, schreiben die Quellen nicht ihm, sondern dem Verkäufer das Periculum zu.

28) D XLVI. 3. de solutt. l. 39.

29) Wird er von dieser frei, so heißt es nicht: er trage, sondern sein Gegner trage das Periculum. s. die Ausführung bei Note 13. 14. 25. f.

30) D. XLVI. 3. de solutt. l. 39.

Aber möchte man vielleicht einwenden, hier beim Kaufe bedeute eben periculum, res emtori perit und dergl., etwas ganz Besonderes!

Allein dies läßt sich nicht nur nicht erweisen, sondern wohl auch direct widerlegen. Würden hier diese Ausdrücke etwas besonderes bedeuten, so müßte dies doch in irgend einer Stelle unserer Quellen herausgehoben oder als etwas Besonderes, vom Gewöhnlichen Abweichendes näher bezeichnet seyn. Dies ist aber durchaus nicht der Fall. Selbst der hierher gehörige Hauptartikel, der Pandectentitel de periculo rei venditae, findet es nicht einmal für nöthig, diese Ausdrücke hier auch nur näher zu erklären; denn nirgends in diesem Titel wird gesagt: der Käufer müsse doch den Preis zahlen. Ebenso ist auch in den meisten andern Stellen, welche in andern Titeln vom Periculum des Käufers handeln, von einer solchen Erklärung gar nicht die Rede. Hieraus schon ergibt sich, daß jene Ausdrücke bei dieser Lehre nicht in einem besondern Sinne genommen seyn können, daß vielmehr die Römer eine feste Bedeutung allgemein mit ihnen verbanden, und deßhalb die Erklärung überflüssig fanden [31]). Dies be-

31) Auch im ganzen Codertitel de peric. rei vend. ist es nur Eine Stelle, welche vom Zahlen des Preises spricht, und zwar nur als Consequenz aus dem Tragen des Periculum überhaupt (Note 33.). Hieraus läßt es sich allein erklären, warum die Römischen Juristen sich beinahe immer blos mit der Bemerkung begnügten: ad periculum hujus pertinet, spectat, res mihi perit, meum est damnum, detrimentum u. dergl. Man vergleiche z. B. D. XVIII. 1. de C. E. l. 62. §. 2. XVIII. 6. de peric. r. v. l. 1. pr. §. 1. l. 4. pr. § 1. l 7. pr. l. 12. 14. l. 15. §. 1. XIX. 2. loc. l. 59. 62. XLVII. 2. de furt. l. 14. pr. C. IV. 48. de peric. r. v. cst. 1. 2. 4. IV. 49. de A. E. V. cst. 12. Hätten sie einen so schwankenden Sprachgebrauch gehabt, wie ihn viele unserer Civilisten zu haben scheinen, so hätten sie nie so absolut und ohne Beisatz jene Ausdrücke gebrauchen können, oder sie würden sich dadurch ganz zweideutig und schwankend ausgedrückt haben, was doch sonst in der Regel nicht ihre Sache war.

weisen auch besonders die wenigen Stellen in andern Titeln, welche eine nähere Aeußerung über das periculum emtoris enthalten. Diese sagen nicht: das periculum emtoris hat hier die besondere Bedeutung, oder ist hier so und so zu verstehen, sondern sie sagen nur entweder: der Käufer muß den Preis zahlen, weil er die Gefahr trägt [32], oder der Käufer trägt die Gefahr, also muß er den Preis ungemindert zahlen, ohne Etwas zu bekommen [33]. Sie leiten also daraus, weil res emtoris periculo est, her, daß der Käufer nichts desto weniger seinen Preis zahlen muß, zum Beweis: daß sie hier aus einer allgemeinen festen Bedeutung von Periculum und non res meo periculo est etc. folgern [34]).

II.

Was die allgemeinen Principien über die Frage betrifft: welche Parthei bei Obligationen die Gefahr zu tragen habe? so versteht es sich von selbst, daß die Anwendbarkeit eines, wenn auch an sich und im Allgemeinen richtigen, allgemeinen Princips bei einzelnen Verträgen wegen der besondern Natur derselben auf verschiedene Weise sich modificiren kann. Denn zunächst müssen wir bei der Bestimmung der Wirkungen der Verträge von der Eigenthümlichkeit des Vertrages selbst ausgehen, und können dann erst, so weit diese keine abweichende Norm an die Hand gibt, die allgemeinen Principien auch auf ihn anwenden.

Gehen wir nun bei unserer Frage zunächst von allgemeinen Betrachtungen aus, so sind es zwei sehr einfache Grund-

---

32) D. XVIII. 1. de C. E l. 34. §. 6. „sed et si pariter decesserunt, pretium debebitur; unus *enim* utique periculo emtoris vixit."

33) J. III. 23. de emt. §. 3. verb. *Itaque* etc. C. IV. 48. de peric. r. v. est. 6.

34) In ganz ähnlicher Weise, wie beim Käufer, wird auch bei andern Verhältnissen der Ausdruck Periculum gebraucht, s. z. B. D. XIX. 2. loc. l. 59. 62. 54. § 2.

sätze, welche sich ganz auf die Natur der Sache gründen und welche für die Regel über die Gefahr bei Sachleistungen eine entscheidende Norm geben müssen. Es sind die in l. 185. und in l. 23. in fin. D. L. 17. d. R. J. ausgesprochenen, nämlich: wird eine Leistung durch Zufall ganz oder theilweise unmöglich, so wird der Schuldner von der Verbindlichkeit, die Leistung zu erfüllen, ganz oder theilweise frei *„impossibilium nulla obligatio est“* (l. 185. cit.); und: derjenige, welcher durch Zufall Schaden leidet, kann in der Regel von Niemanden hiefür in irgend einer Weise Ersatz verlangen *„casus a nullo praestantur“* (l. 23. cit.) [35]. Dieser zweite Grundsatz ergänzt wesentlich den ersten. Der Schuldner, welcher durch Zufall von seiner ursprünglichen Verbindlichkeit frei wird, braucht ihr somit auch nicht etwas Anderes zu substituiren. Von dem ersten Grundsatze kann es keine Ausnahme geben. Der Letztere dagegen kann nach Umständen mannichfache Ausnahmen erleiden und eine Hauptausnahme bildet der Verzug des Schuldners. Für die Regel muß aber auch er leiten, und daß für die Regel die Röm. Juristen sich durch ihn in unserer Lehre, welche bei den Römern blos durch die Doctrin, und nicht durch die Legislation ausgebildet wurde, leiten ließen, wird sich aus dem Folgenden ergeben.

Gewöhnlich werden aber auch noch andere allgemeine Grundsätze als Entscheidungsquellen für unsere Frage aufgestellt. Manche setzen den Grundsatz: „species debita casu perit ei, cui debetur“ an die Spitze, und sehr viele halten den Grundsatz: „casum sentit dominus“ für das Princip, aus welchem die Entscheidungen für unsere Frage vielfach herzuleiten seyen [36].

---

35) s. auch C. IV. 24. (de pign. art.) cst. 6.

36) Manche gehen von beiden Grundsätzen zugleich aus. So stellt z. B. Höpfner Instit. Comm. §. 761. den ersteren Grundsatz bei Obligationen auf das Hingeben einer Sache, dagegen den Grundsatz: „casum sentit dominus“ bei Obligationen auf ein Zurückgeben an die Spitze.

Was den ersteren von diesen beiden Grundsätzen betrifft, so müßte er jedenfalls durch unsern zweiten Grundsatz (casus a nemine praestantur) vervollständigt werden. Dann aber wird er allerdings in der Regel Richtiges treffen. Allein er ist nicht ein Princip, nicht der Entscheidungsgrund für unsere Frage, sondern blos aus einem höhern Princip das Resultat, die Folge für einzelne Fälle, und kann somit unsere Frage nicht als Entscheidungsquelle an die Spitze gestellt werden. Denn er ergibt sich blos als Folge aus dem Grundsatze: impossibilium nulla obligatio und dem: casus a nullo praestantur. Blos deßhalb nämlich „species debita casu perit creditori," weil Niemand, also auch nicht der Schuldner, für Zufälle einzustehen hat, und weil man zu Unmöglichkeiten nicht verpflichtet werden kann. Blos aber soweit und insofern ist jene Anwendung — jenes species debita perit creditori — richtig, als wirklich durch den Zufall der Schuldner in die Lage gebracht wurde, ein *impossibile* leisten zu sollen.

Besonders viele Anhänger zählt der Grundsatz: *casum sentit dominus*. Namentlich wird er sehr häufig in den älteren civilistischen Werken bei der Frage: wer bei Obligationen die Gefahr zu tragen habe, für ein Entscheidungsprincip gehalten, und als solches angewendet, und eben deßhalb in ihm wegen einzelner Entscheidungen unserer Quellen, z. B. über die Gefahr bei dem Kaufe ein bedeutender Stein des Anstoßes gefunden [37]. Auf diesen Grundsatz näher einzugehen, dürfte um so mehr nöthig seyn, als auch unter den Neueren besonders Mühlenbruch in seinem ausgezeichneten Lehrbuche (ed. 3. §. 362. Not. 4.) sich wieder auf ihn bei der Frage über die

---

37) Wie unbedingt er von manchen Aelteren angenommen wird, davon gibt unter anderm ein auffallendes Beispiel F. C. Conradi, welcher in seiner Schrift über das pactum fiduciae die Frage über die Gefahr bei der fiducia durchweg nach jenem Grundsatze entscheidet. s. unten Note 63. f.

Gefahr bei Obligationen beruft, und er so eine der bedeutendsten Auctoritäten unserer Zeit für sich hat.

Es ist schon von Andern [38]) bemerkt worden, daß dieser Grundsatz [39]), wenn man unter dominus blos den Eigenthümer versteht, jedenfalls zu eng ist. Denn wenn z. B. meine Sache Jemanden verpfändet ist, und ein Dritter eine Servitut, ein Vierter ein Superficiarrecht daran hat, und sie durch Zufall untergeht: so trifft ja der Schaden nicht mich allein, sondern Jener verliert auch sein Pfandrecht, der Dritte seine Servitut und der Vierte sein Superficiarrecht, und zwar Jeder ohne allen Ersatz. Nimmt man aber auch bei diesem Grundsatze das dominus für jeden an der Sache dinglich Berechtigten, so sagt doch nichts weiter als: ein Zufall, der das Object unseres dinglichen Rechts vernichtet, — vernichtet es, d. h. er hebt eben damit unser dingliches Recht auf, und so verliert allerdings der Verkäufer das Eigenthum der verkauften Sache, der Vermiether das Eigenthum der vermietheten, der Pfandgläubiger das Pfandrecht an der verpfändeten Sache u. s. w. wenn die Sache durch Zufall untergeht, und so ist der Grundsatz allerdings ein ganz richtiger, wenn von Verlusten in nicht obligatorischen Verhältnissen die Rede ist [40]).

Allein damit haben wir kein Princip für das Tragen des Periculums bei einer Obligation. Denn das Periculum bei der Obligation hängt mit dem Verluste des dinglichen Rechts an der Sache an sich gar nicht nothwendig zusammen, da es in etwas ganz Anderem besteht. Ich kann mein dingliches Recht am Objecte der Obligation wohl verlieren, während einen Andern das eigentliche Periculum bei der Obligation trifft, und daraus, daß der Zufall mir ein Recht an der Sache nimmt, folgt noch nicht, daß er nie auch

38) z. B. von Brandenburg (not. 3. cit.) p. 4. 5.

39) In unsern Quellen findet überhaupt ein Grundsatz: casum sentit dominus, mit diesen Worten nirgends ausgesprochen.

40) Mühlenbruch doctr. pandect. §. 362. Nro. 1. (ed. 3.)

meine Rechte aus der Obligation entziehen muß. In der That, fragt man auch diejenigen, welche sich auf das „casum sentit dominus“ berufen, vergebens nach einem Grunde, aus welchem denn deßhalb, weil der eine Theil Eigenthümer des Vertragsgegenstandes ist, folgen soll, daß ihn nun auch die Gefahr aus der Obligatio treffe. Denn die Nachtheile, welche bei der Obligatio aus dem schadenden Zufalle für beide Partheien entspringen, können ja und werden meist in einer weiteren Ausdehnung bestehen, als in der bloßen Vernichtung des Eigenthums oder des sonstigen dinglichen Rechts. Warum soll denn nun der dominus auch diese weiteren Nachtheile über sich nehmen? Warum sollte z. B. der Verkäufer deßhalb, weil er Eigenthümer des untergegangenen Kaufsobjectes war, auch das Recht auf den Kaufpreis verlieren? Soll ferner etwa derjenige, welcher eine Nichtschuld empfing, wenn die Sache bei ihm durch Zufall unterging, den Casus bei dieser Obligation tragen, d. h. nun Ersatz geben müssen, weil er Eigenthümer der Sache geworden war? Soll der Schuldner aus einer Stipulation, soll der Erbe den Zufall tragen, weil ihm die geschuldete Sache gehört? Allerdings wird zwar häufig bei Obligationen der Eigenthümer der Sache den Zufall zu tragen haben; allein nicht, weil er Eigenthümer ist, sondern aus unsern beiden obigen Principien — weil der Schuldner Unmögliches nicht zu leisten braucht, und weil der Zufall zu keinem Ersatze verpflichtet. So wird daher das „casum sentit dominus“ häufig als Entscheidung für den einzelnen Fall aus jenen Grundsätzen sich ergeben. Allein es ist dann kein Princip, aus welchem man Etwas für die Frage: wer den Zufall trage? folgern und entscheiden kann, das Eigenthum ist nicht der Grund, weßhalb der Zufall zu tragen ist, sondern dieser Grund ist ein anderer, aus dem sich nur in manchen Verhältnissen zufällig ergibt, daß der dominus rei es ist, der nun den Zufall wirklich trägt.

Nirgends werden wir auch in unsern Quellen finden,

daß sie vom zustehenden Eigenthum der Sache die Frage: wer das Periculum bei der Obligation zu tragen habe? abhängig machen [41]). Hiefür spricht schon der Umstand, daß nach unserer obigen Ausführung das res meo periculo est, mihi perit und dergl. bei Obligationen sich gar nicht auf den Verlust des Eigenthums bezieht. Um so weniger wird daher auch dieses Eigenthum auf die Frage Einfluß haben, wer bei der Obligation die Gefahr zu tragen habe. Es läßt sich aber der Beweis hiefür auch direct führen. Zunächst soll dies bei einer wichtigen Classe von Obligationen, bei einseitigen Obligationen, die auf Sachleistung gehen, wenn die Sache durch Zufall vernichtet wird, und später auch bei zweiseitigen Obligationen gezeigt werden.

III.

Bei den einseitigen Obligationen würden wir durch den Grundsatz: casum sentit dominus, auf ganz falsche, den, in unsern Quellen ausgesprochenen, entgegengesetzte, Behauptungen geführt werden, während unsere oben aufgestellten Principien ganz die Entscheidungen an die Hand geben, welche in unsern Quellen enthalten sind. Aus dem Grundsatze nämlich „impossibilium nulla obligatio," ferner aus dem zweiten: „casus a nullo praestantur" und aus der Ausnahme dieses zweiten Grundsatzes: daß der Morose den Casus trägt, ergibt sich für die einseitigen Obligationen im Wesentlichen Folgendes:

1) ist der Schuldner eine individuell bestimmte Sache (species) schuldig, so wird er durch Zufall von aller seiner Verbindlichkeit frei, weil es ihm hier unmöglich ist, das Versprochene zu leisten, (da seine Verbindlichkeit blos auf jene Sache beschränkt war, und diese nicht mehr existirte,) und weil casus a nemine praestantur. Er steht somit nicht für den Zufall ein, sondern der Gläubiger trägt ihn, d. h. bekommt gar nichts.

41) Nur Eine Stelle scheint dies zu thun, s. aber unten Note 56 ff.

Dieses Resultat ist hier nicht bestritten. Aber schon aus ihm geht hervor, daß es hier bei der Frage über die Gefahr gar nicht darauf ankommt, welche Parthei Eigenthümer der untergegangenen Sache ist. Wer seine eigene Species aus einer Stipulation, aus einer letztwilligen Auflage u. s. w. zu geben schuldig ist, trägt hier so wenig die Gefahr, als wer die fremde Species aus einem Commodate, Depositum rc. zurückzugeben hat. In beiden Fällen ist die Entscheidung die gleiche, während nach dem „casum sentit dominus“ Beide ganz verschieden entschieden werden müßten. Zwar verliert in dem ersteren Falle der Schuldner durch den Zufall auch sein Eigenthum. Daß aber dieses die Gesetze nicht zum Periculum rechnen, und sie hier nicht von einem getheilten Periculum sprechen, dies wurde oben bewiesen.

Allerdings gibt es hier auch Fälle, in welchen bei solchen einseitigen Obligationen das Periculum den Eigenthümer trifft. Allein dies niemals, weil er Eigenthümer ist, sondern immer aus andern Gründen, so daß man auch hier nicht sagen kann: casum sentit dominus, d. h. als solcher, und weil er dominus ist. Solche Gründe sind z. B. unerlaubte Handlungen, wie der oben erwähnte Fall des Verzugs [42]. Ebenso trägt der Leiher und Hinterleger die Gefahr der Sache, aber nicht, weil er Eigenthümer der Sache ist, sondern weil der Schuldner „de ea re ipsa restituenda tenetur,“ d. h. weil er gerade blos die empfangene Sache schuldig ist, somit wenn sie untergeht, nichts mehr leisten kann, und also die Grundsätze eintreten: impossibilium nulla obligatio, und casus a nemine praestantur [43]. Auch wird das Periculum wieder nicht darein gesetzt, daß nun der Eigenthümer sein Eigenthum verliert, sondern blos darein, daß er nun vom

42) s. oben Note 23.

43) Dies sind allein die Gründe, welche in den Quellen angedeutet werden, s. z. B. D. XLIV. 7. de O. et A. l. 1. §. 4. vergl. mit §. 3. eod. XIII. 6. Commod. l. 5. §. 4. l. 18. l. 23.

Schuldner nichts, auch nicht die aestimatio fordern kann, für ihn also das Recht aus der Obligatio ganz verloren geht.

Zu wie schiefen Folgerungen es führen würde, wenn man den Grundsatz: casum sentit dominus, als Princip gelten lassen wollte, zeigt auch die Lehre von der condictio indebiti, während hier wieder aus unserm Princip Alles sich einfach erledigt. Der Empfänger der Richtschuld wird Eigenthümer der Sache. Geht sie aber durch Zufall zu Grunde, so prästirt er nichts, weil er zunächst de ea re ipsa restituenda tenetur, also unsere vorher bei Note 43. angeführten Principien eingreifen [44]. Aber, möchte man gerade hier einwenden, in manchen Fällen muß er doch unbedingt haften, nämlich bei empfangenen Fungibilien, weil hier das Verhältniß ganz nach den Darlehensgrundsätzen behandelt werde [45]. So steht es allerdings häufig in manchen civilistischen Schriften [46]. Allein einestheils würde diese Entscheidung unserm Princip nicht widersprechen. Denn geht man davon aus, daß bei Fungibilien der Empfänger hier, wie beim Darlehen, unbedingt für (beliebige) Sachen derselben Quantität und Qualität haften müsse, so würde gerade aus unserm Princip folgen, daß er den casus zu tragen habe, weil hier ein Zufall ihm die Leistung nicht unmöglich machen könnte. Mit dem Princip aber: casum sentit dominus, könnte man es nicht in Einklang setzen, weil der Empfänger ja auch bei Nichtfungi-

44) Nach dem Grundsatze: casum sentit dominus, müßte man gerade das Gegentheil sagen, und doch ist allgemein anerkannt, daß hier der Empfänger den Zufall nicht trägt. s. auch D. XII. 6. de condict. indeb. l. 32. pr. l. 26. §. 12. l. 65. §. 8.

45) Nach D. XLIV. 7. de O. et A. l. 5. §. 3. XII. 6. de condict. indeb. l. 7. l. 19. §. 2.

46) Manche sagen geradezu: bei Fungibilien müsse hier der Empfänger die Gefahr tragen, z. B. Donellus commentar. de jur. civ. XIV. 18. und die Meisten drücken sich hier wenigstens so allgemein aus, und setzen diesen Fall so sehr in Gegensatz mit dem des Empfanges von Nichtfungibilien, daß man aus ihren Worten das Gleiche herleiten müßte.

bilien dominus wird, und doch hier anerkannt nicht die Gefahr trägt. Anderntheils aber scheint mir die Behauptung: bei Fungibilien müsse hier der Empfänger unbedingt Sachen von gleicher Art und Güte zurückgeben, sich nicht vertheidigen zu lassen.

Beim Empfange einer Nichtschuld wird nämlich der Empfänger allerdings ungefähr nach denselben Grundsätzen verpflichtet, wie der Empfänger eines Darlehens, d. h. er wird Eigenthümer, kann aber doch auf Zurückgabe des Empfangenen mit einer condictio belangt werden. Dies allein sagen, und wollen die Stellen sagen, welche diesen Fall mit dem Darlehen vergleichen [47]). Allein in den weiteren materiellen Rechtsgrundsätzen erkennen die Römer doch eine bedeutende Verschiedenheit zwischen der condictio ex causa indebiti und der ex causa mutui an. Die erstere stützt sich auf das bonum und aequum. Dieses führt bei dem Zahlen einer Nichtschuld in dem Falle, wenn der Empfänger in bona fide ist, auf einen doppelten Grundsatz, einmal: es ist aequum, daß der Empfänger keinen Schaden leide, er gibt also zunächst heraus, was er empfing, aber nur so fern und wie er es noch hat, steht somit nicht für Zufall,

---

47) D. XLIV. 7. de O. et A. l. 5. §. 3. „obligatur quidem *quasi ex mutui* datione, et *eadem actione* tenetur, qua debitores creditoribus.“ J. III. 27. de Obl. q. q. ex contr. §. 6. „perinde is, qui (indebitum) accepit, obligatur, ac si mutuum illi daretur, et ideo condictione tenetur.“ Daß diese Stellen nicht mehr sagen wollen, als das oben Angegebene: das geht theils aus ihnen selbst, besonders wenn man sie noch mit den Stellen der Note 48. vergleicht, theils aus dem Umstande hervor, daß, wenn man sie in einem weiteren Umfange nehmen, und davon ausgehen würde, sie wollten auch in den übrigen materiellen Rechtsgrundsätzen eine Gleichstellung zwischen der obl. ex mutuo und der ex indebito soluto aussprechen, hiemit die in ihnen enthaltene allgemeine Vergleichung der obl. ex indeb. soluto (aller Fälle derselben) mit der obligatio ex mutuo gar nicht bestehen könnte. s. die Stellen der Note 44.

nicht für Veräußerungen, Vernachlässigungen u. s. w. ein. Zweitens: es ist aequum, daß hier der Empfänger nicht cum detrimento alterius, des Gebers, so ferne diesem keine Schuld zur Last fällt, reicher werde. Deßhalb muß auch der Empfänger, wenn er die Sache noch hat, diese herausgeben, und hier kann er bei Fungibilien entweder gerade das Empfangene, oder was für den Gläubiger das Gleiche ist, Sachen von der gleichen Art und Güte geben. Hat er aber das Empfangene verzehrt, so gibt er so viel in Geld heraus, als um was er durch das Genossene noch reicher ist [48]. Da es nun bei verzehrten Fungibilien der gewöhnliche Fall seyn wird, daß er durch den Genuß bereichert ist, sey es auch nur, daß er von der andern Seite an seinem Vermögen sich dadurch erspart hat, so kann man für die Regel sagen: er muß für die Fungibilien Ersatz geben. Allein diesen Ersatz muß er, wenn er sich darauf beruft, das Empfangene nicht mehr zu haben, und beweis't, nicht unbedingt in Sachen gleicher Art und Güte geben. Dies sagen die Quellen nur bei empfangenem Gelde, weil hier der Ersatz nur wieder in Geld möglich ist [49]. Bei andern Fungibilien aber gibt er den Ersatz nicht in Sachen gleicher Art, sondern in Geld. Dies sagt wenigstens ganz bestimmt D. XII. b. de condict. indeb. l. 65. §. 6.

In *frumento* indebito soluto et bonitas [repetenda Hal.] est, et *si consumsit frumentum, pretium repetet.*

Dieser Stelle scheint auf den ersten Anblick zu widersprechen D. XIX. 5. de praesc. verb. l. 25. „Si operas fabriles quis servi vice mutua dedisset, ut totidem reciperet, posse cum praescriptis verbis agere, sicuti si penulas dedisset, ut tunicas acciperet. Nec esse contrarium, quod si per errorem operae indebitae datae sunt, *ipsae* repeti non possunt.

48) Diese Gesichtspuncte bei der condictio indebiti erweisen sich namentlich durch D. XII. b. h. t. l. 3. l. 66. l. 14. l. 15. pr. l. 26. §. 12. l, 32. pr. l. 65. §. 7. 8. II. 15. de transact. l. 8. §. 22.

49) D. l. c. l. 19. §. 2.

Nam aliud tando, ut aliud reddatur, obligari jure gentium possumus; quod autem indebitum datur, aut ipsam repeti debet, *aut tantundem ex eadem genere*, quorum neutro modo operae repeti possunt.“

Mir sind blos zwei Versuche, die diese Stelle mit der l. 65. §. 6. cit. zu vereinigen, bekannt, von denen aber keiner genügt. Die Glosse nämlich, welche die l. 25. cit. an sich sehr richtig auslegt, meint zur l. 65. cit.: es sey hier von frumentum „in specie“ die Rede; „putabat enim,“ setzt sie bei, „sed si in genere: non pretium, sed tantundem repetit, ut in mutuo, ut Inst. qb. mod. re paragraphis quoque.

Es bedarf aber keiner Ausführung, daß man so die Stelle nicht nehmen kann. Sie spricht unbedingt allgemein von frumentum, und in dieser Allgemeinheit bedeutet es immer eine fungible Sache, nie eine Species. Der andere Versuch ist von Glück. Er sagt (Erläut. d. Pand. XIII. S. 155): Bei fungiblen Sachen ahme die condictio indebiti die Natur der Darlehensklage nach, und gehe auf Zurückgabe des Empfangenen in gleicher Art und Güte. „Zuweilen,“ setzt er sodann unter Berufung auf l. 65. §. 6. cit. bei, „geht die Klage „auch auf Erstattung des Werths, z. B. wenn Getraide in„debite gegeben worden, und dieses verzehrt ist.“ Warum hier die Klage auf Erstattung des Werths gehen soll, sagt Glück nicht, und deßhalb läßt sich auch nicht ermitteln, welche Fälle er als Ausnahmsfälle setzen wollte. Daß jedenfalls die l. 65. nicht von einer Singularität bei Getraide sprechen wollte, ist klar. Denn sie deutet nichts Singulares an, und warum soll gerade bei Getraide etwas Besonderes, z. B. etwas Anderes eintreten, als bei Wein?

Die Stellen scheinen mir so auszulegen zu seyn. Was die indebite geleisteten Dienste betrifft, so enthält den besten Commentar der Stelle die l. 26. §. 12. de condict. indeb. Es will nämlich die l. 25. hier keineswegs die condictio indebiti ausschließen, sondern sie sagt blos, wie auch schon die Glosse ausführt: ein Aequivalent für Dienste sind nicht wieder Dienste,

(weil, wie l. 26. §. 12. sagt, „plerumque rebus hominis, aetas, tempus, opportunitasque naturalis mutat causam operarum“) außer wenn die Partheien vertragsmäßig sich darüber vereinigten (l. 25. cit. init. und in den Worten: nam aliud dando etc.). Werden daher Dienste indebite gewährt, so kann man nicht *ipsas* oder *tantundem in eodem genere* condiciren, und es tritt somit bei ihnen nicht das ein, was in der Regel bei der condictio indebiti gilt. Daß aber und wie bei ihnen eine Ausnahme von der Regel eintrete, dies führt l. 26. §. 12. cit. näher aus. Daß die l. 25. cit. in den Worten: „quod autem indebitum etc.“ blos die Regel aussprechen wollte, dies ergibt sich schon aus den vielen andern Stellen (und namentlich aus der l. 26. cit.), nach welchen man häufig weder rem ipsam, noch tantundem, sondern den Werth der Bereicherung zu condiciren hat. Zu diesen Ausnahmen nun gehört gerade auch, wenn die Sache vom Empfänger verzehrt wurde, sey sie auch eine fungible gewesen; denn, wenn er sie verzehrt hat, so steht er blos für die Bereicherung, und das Aequivalent derselben kann hier nicht in Sachen derselben Art, wie er welche erhalten hatte, sondern blos in Geld bestehen. Erhielt ich z. B. 10 Scheffel Getraide indebite, und verbrauche dieselben für meine Familie, und werde ich nach zwei Jahren mit der condictio indebiti belangt, so kann der Kläger nur den Preis des Getraides verlangen, den es zur Zeit meines Verbrauches hatte; denn, wenn er jetzt auch wieder 10 Scheffel Getraide verlangen wollte, so würde dies jetzt, da die Preise sich geändert haben können, etwas ganz Anderes seyn, als wozu ich verpflichtet bin. So erklärt sich somit die Entscheidung der l. 65. §. 6. als eine nothwendige aus den Principien der condictio indebiti, und es geht daher das Resultat dahin: beim indebitum haftet der Empfänger zunächst blos für Zurückgabe des Empfangenen, und trägt deßhalb den Zufall nicht. Ist er aber durch die verzehrte Sache bereichert, so zahlt er, so weit dies der Fall ist, den Werth der Bereicherung in Geld.

Noch ist hier bei solchen einseitigen Obligationen, bei welchen zuerst eine species in Betracht kommt, ein Fall zu betrachten, bei welchem sich wieder recht zeigen dürfte, wie wenig die Römer bei Obligationen an ein casum sentit dominus dachten. Wenn mich Jemand um ein Gelddarlehen bittet, ich habe aber gerade nicht baares Geld, und gebe ihm dafür eine andere Sache, damit er sie verkaufen und den Erlös als Darlehen behalten möchte, wer trägt bis zum Verkaufe die Gefahr der Sache? Nach dem Grundsatze: casum sentit dominus, müßte ohne Zweifel ich sie tragen. Allein die l. 4. pr. D. XII. 1. de R. C. sagt: „qui rem vendendam acceperit, ut pretio uteretur, periculo suo rem habet [50]). Dasselbe sagt die, ebenfalls aus Ulpian genommene l. 11. cod., nur daß sie noch eine Ausnahme beifügt: „Rogasti me, ut tibi pecuniam crederem, ego, cum non haberem, lancem tibi dedi vel massam auri, ut eam venderes, et nummis utereris. Si vendideris, puto mutuam pecuniam factam. Quod si massam vel lancem sine tua culpa perdideris, priusquam venderes, utrum mihi an tibi perierit, quaestionis est. Mihi videtur *Nervae* distinctio verisissima existimantis, multum interesse, venalem habui hanc lancem vel massam, nec ne; ut, si venalem habui, mihi perierit, quemadmodum si alii dedissem vendendam; quod si non fui proposito hoc, ut venderem, sed haec causa fuit vendendi, ut tu utereris, tibi eam periisse, et maxime, si sine usuris credidi.“

Manche sagen, daß hier deßhalb vom casus sentit dominus eine Ausnahme gemacht sey, weil das Geschäft blos zum Besten des Empfängers gereicht habe. Allein einestheils sieht man aus der Stelle, daß hier überall ein casum sentit dominus gar kein Bedenken machte, anderntheils würde jene Erklärung zu einem Grundsatze führen, den die Quellen be-

50) Auch hier spricht, was den Römischen Sprachgebrauch betrifft, die Stelle nicht von einem getheilten Periculum, wiewohl der Geber sein Eigenthum an der Sache verliert.

stimmt verwerfen, wie die Stellen über Commodat, und noch manche andere Stellen, z. B. D. XIX. 5. de praesc. verb. l. 17. §. 2. [51]) beweisen. Wir können daher die Stelle nur so erklären: im vorliegenden Falle geht die Verbindlichkeit des Empfängers blos auf Erstattung einer Geldsumme, die der gleich ist, was die Sache werth ist. Hier greift nun der Grundsatz: impossibilium nulla obligatio nicht ein, weil jene Leistung immer möglich ist, und deßhalb trägt, ganz nach unserem Grundsatze, der Empfänger die Gefahr. Was aber die von Nerva gemachte und von Ulpian gebilligte Ausnahme betrifft, so dürfte sie sich nur durch den Gedanken erklären lassen: Wünsche ich schon vorher, ehe der Andere mich ansprach, die Sache zu verkaufen: so ist, wenn er den Verkauf übernimmt, dies zunächst ein Mandat. Hier hat er zunächst blos die Verbindlichkeit zu verkaufen. Geht die Sache zu Grunde, so kann er nicht mehr verkaufen; impossibilium aber nulla obligatio, und er ist deßhalb vom Periculum frei. Daß aber Ulpian hier zunächst blos an ein Mandatsverhältniß dachte, dies beweis't sich schon durch die Worte: „quemadmodum si *alii* dedissem vendendam.“ Nur darüber könnte man hier fragen: warum dann in dem andern Falle „si non fui proposito hoc, ut venderem“ die Sache nicht auch bis zum Verkaufe als Mandat behandelt werde (ein Streit übrigens, der unser Princip über Prästation des Zufalls nicht berühren würde). Indessen dürfte sich die Nichtanwendung der Mandatsgrundsätze in diesem Falle daraus erklären, daß hier das Mandat lediglich ein mandatum in gratiam mendatarii war und daher als Mandat nicht behandelt werden konnte, ein Grund, auf den auch Ulpian durch seinen Beisatz: „et maxime, si sine usuris credidi“ hindeutet.

---

51) „.. Si cui inspiciendum dedi, sive *ipsius* causa, sive utriusque, et dolum et culpam mihi esse praestandam dico, propter utilitatem, *periculum non* etc.“

IV.

Das bisher Ausgeführte bestätigt sich noch besonders, wenn wir die übrigen Fälle der auf Sachleistung gerichteten einseitigen Obligationen betrachten. Hat nämlich

2) der Schuldner mehrere bestimmte Sachen alternativ, oder hat er eine beliebige Sache aus einer individuell bestimmten Classe von Sachen, z. B. eines seiner Pferde zu leisten, so ist es anerkannter Grundsatz [52]), daß er die Gefahr aller Stücke, mit Ausnahme des letzten, trägt, oder, wie Paulus bei zwei alternativ geschuldeten Sachen sagt: prioris periculum ad debitorem, posterioris ad creditorem pertinet [53]). Es bedarf hier kaum der Bemerkung, daß nach dem Grundsatze: „casum sentit dominus" das Resultat wieder ein ganz anderes seyn müßte. Denn nach diesem müßte ja der Schuldner auch die Gefahr des letzten Stückes tragen. Aus unserm Princip aber erklärt sich jene Entscheidung durchaus. So lange noch Stücke übrig sind, kann ja der Schuldner leisten; das „impossibilium nulla obligatio" greift somit nicht ein, und ihn trifft die Gefahr der untergegangenen Stücke, d. h. er wird von seiner Schuld nicht frei. Geht aber auch das letzte Stück zu Grunde, dann kann er seine Schuld nicht erfüllen; nun kommt das impossibilium nulla obligatio zur Anwendung, und da casus a nemine praestantur, braucht er auch kein Surrogat zu leisten, und wird somit von seiner Verbindlichkeit frei.

Ist endlich

---

52) Vergl. D. XXXV. 2. ad l. Falc. l. 30. §. 5. XLV. 1. de V. O. l. 83. §. 5. XLVI. 3. de solutt. l. 95. pr. §. 1. XXXI. de legat. 2. l. 11. §. 1. XVIII. 1. de C. E. l. 34. §. 6.

53) L. 34. §. 6. cit. Die Frage: ob nicht der Schuldner bei der alternativen Obligation, statt das noch übrige Stück zu leisten, mit Zahlung des Werthes des untergegangenen abkommen kann, gehört nicht hierher. Vergl. über dieselbe Zimmern in diesem Archive Bd. I. 312 f.

3) der Gegenstand nicht einmal nach einer individuellen Classe von Sachen so, wie im Falle von Nro. 2., sondern überhaupt blos nach allgemeinen Gattungsmerkmalen und Quantität bestimmt, soll z. B. eine Summe Geld, in bestimmten Sorten oder nicht, oder eine Quantität Getraide, oder ein Pferd von gewissen Eigenschaften und dergl. geleistet werden, so ist anerkannter Grundsatz, daß der Schuldner die Gefahr zu tragen hat, wenn nicht der Gläubiger im Verzuge ist. So trägt in solchen Fällen bei Stipulationen der Promittent, bei Vermächtnissen der Erbe, bei Dotalsachen der Ehemann, und so trägt beim Darlehen immer der Entlehner die Gefahr. Hiervon wird nun wieder häufig, und namentlich beim Darlehen, der Grund darein gesetzt, weil der Schuldner Eigenthümer der Sache sey [54]). Allein aus dem Angeführten ergibt sich, daß hierin der Grund nicht liegen kann. Denn sonst müßte ja dieser Grund auch in den andern Fällen entscheiden, was aber, wie gezeigt wurde, nicht der Fall ist. Dagegen erklärt sich wieder die Sache vollständig aus unserm Princip. Der Gegenstand der Schuld ist ja hier nicht die Sache, welche der Schuldner vom Gläubiger erhielt, oder welche er zu zahlen sich vornahm, sondern nur

---

54) So sagt z. B. Mackeldey Lehrb. des heut. Röm. Rechts. 9te Ausg. §. 397. „die Wirkung des Darlehnscontracts besteht 1) darin, daß der Empfänger Eigenthümer der ihm geliehenen Sachen wird, folglich auch die Gefahr tragen muß.“ Auf gleiche Weise drücken sich aus **Marcilius Comm. in instit. L III. tit. 14. pr.** auch bei **J. a Costa comm. in instit. L. III. tit. 14. pr.** Glück Erläut. der Pand. B. XII. S. 27. Vergl. auch Seuffert Lehrb. des Pfand. Rechts §. 310. im A. Schweppe Röm. Priv. R. 4te Ausg. B. III. (herausg. v. Majer) §. 450. Note 2. Das Princip kann hier für die Entscheidung einzelner Streitfragen wichtig werden, so namentlich beim **depositum irregulare** einer fungiblen Sache, so lange bei demselben die Sache im Eigenthum des Gebers bleibt. Vergl. **D. XLII. 5. de reb. auct. jud. l. 24. §. 2.**

eine res ejusdem generis et qualitatis. Geht daher jene Sache dem Schuldner zu Grunde, so kann er sich nicht auf das „impossibilium nulla obligatio“ berufen, da ja nicht jene Sache, sondern jede andere gleich beeigenschaftete das Object seiner Schuld bildet, „*cum*,“ wie Julian bei einem versprochenen homo sagt, „*possit alium dare.*“ Unsere Quellen nämlich leiten auch hier keineswegs aus dem Eigenthum des Schuldners sein Gefahrtragen ab, sondern lediglich aus dem Grunde, weil der Grundsatz: impossibilium nulla obligatio hier nicht eingreift. So sagt Julian (D. XLVI. 3. de sol. l. 33. §. 1.): „Qui *hominem* dari promisit . . . . ab alio vulneratum si det, condemnandus est, *cum possit alium dare.*“ Den ganz gleichen Grund deutet Cajus an, wenn er (D. XXIII. 3. d. jur. dot. l. 42.) sagt: „Res in dotem datae, quae pondere, numero, mensura constant, mariti periculo sunt, quia in hoc dantur, ut eas maritus ad arbitrium suum distrahat, et quandoque soluto matrimonio *ejusdem generis et qualitatis alias restituat.* So wird endlich namentlich bei dem Darlehen in einer Vergleichung mit dem Leihvertrage von Cajus und Justinian der Grund des Tragens der Gefahr nicht in das Eigenthum des Empfängers gesetzt, sondern darin, weil „non eadem res, sed *aliae* ejusdem naturae et qualitatis“ zurückgegeben sind, während der Commodatar „de ea re ipsa, quam acceperat restituenda tenetur,“ und deßhalb hier der Gläubiger die Gefahr trägt [55].

---

55) J. III. 14. quib. mod. re pr. §. 2. und die entsprechende Pandectenstelle XLIV. 7. de O. et A. l. 1. §. 2—4. Die Institutionenstelle sagt zwar allerdings, beim Darlehen werde man Eigenthümer, beim Contract nicht. Allein hieran knüpft sie nicht ihre Entscheidung über das Periculum, sondern nur die Folgerung, daß beim Darlehen *aliae* res, beim Commodat *ea res ipsa* zu restituiren seyen, und aus dem letzteren erst wird der Unterschied über das Tragen der Gefahr gefolgert. Dies wird vollends ganz unzweifelhaft durch die Pandectenstelle aus Cajus Aureis, aus welcher die Institutionenstelle genommen, und in welcher vom

Nur eine Stelle unserer Quellen, so viel ich finde, könnte auf den ersten Anblick für ein casum sentit dominus zu sprechen scheinen. In einem Rescripte von Diocletian und Maximinian [56]) heißt es nämlich: „Pignus in bonis debitoris permanere, *ideoque* ipsi perire in dubium non venit. Cum igitur adseveras, in horreis pignora deposita: consequens est, secundum jus perpetuum pignoribus debitori pereuntibus, personalem actionem debiti reposcendi causa integram te habere."

Hier scheint sogar das casum sentit dominus als ein Princip ausgesprochen zu seyn, über dessen Gültigkeit gar kein Zweifel seyn könne. Allein dies ist wohl auf eine ganz andere Weise zu erklären.

Nach jener Stelle trägt der Pfandschuldner die Gefahr der Pfänder. Hier ist vorerst wieder auf den Sprachgebrauch aufmerksam zu machen. Pignus ipsi perit in dieser Stelle, oder pignorum dispendium ad periculum, oder ad damnum debitoris, *non etiam creditoris* pertinet, diese und ähnliche Ausdrücke unserer Quellen können nicht das sagen wollen: der Pfandgläubiger verliert nun sein Recht an der Sache. Denn sie müßten dann auch sagen: pignoris periculum ad *creditorem* pertinet, da dieser ja durch den Zufall auch sein dingliches Recht an der Sache verliert. Allein nirgends sprechen sie hier von einem periculum creditoris, und ebenso nirgends auch nur von einem zwischen creditor und debitor getheilten Periculum, während offenbar durch den Casus Beide verlieren, jener sein Pfandrecht, dieser sein Eigenthum. Es ist hier vielmehr wieder das periculum, das

---

Eigenthum des Gläubigers beim Commodat gar nicht die Rede ist, und an das „de ea re ipsa, quam acceperit restituenda tenetur" unmittelbar der Unterschied in Betracht der Gefahr geknüpft wird.

56) C. IV. 24. de pign. act. const. 9. (in manchen Ausgaben, z. B. der von Russardus, die cst. 8.)

dispendium, damnum u. s. w. von den Quellen genommen blos in Beziehung auf die Erfüllung der Obligation, und bedeutet somit nichts anderes, als — ungeachtet des Casus bleibt der Schuldner doch seine Schuld schuldig, er muß doch Alles zahlen und der Schaden an den Pfändern wird nicht an der Schuld abgezogen. So legt es die const. 9. cit. selbst [57]) und ebenso legen es noch andere Stellen [58]) aus. Wiewohl daher der Gläubiger durch den Zufall auch verliert, indem er um sein Pfandrecht kommt, so heißt es doch nirgends: daß er das Periculum trage, eben weil er nichts dem Schuldner ersetzen muß, und weil er seine Forderung behält.

Diese Entscheidung nun ergibt sich ganz aus unserm Princip. Der Schuldner muß trotz des Uebergangs der Pfänder doch seine Schuld bezahlen, weil durch jenen Untergang das Object der Schuld nicht vernichtet, ihm die Erfüllung der Schuld somit nicht unmöglich gemacht wird. Der Pfandgläubiger aber ersetzt die untergegangenen Faustpfänder nicht. Denn bei Faustpfändern, de ea re ipsa restituenda tenetur, wie beim Commodate, macht der Zufall ihm diese unmöglich, und da nemo casum praestat: so ergibt sich jenes Resultat von selbst.

Aber, möchte man sagen, dieses Resultat wird gerade von der cst. 9. not. 56. cit. auf ein ganz anderes Princip, auf das Princip: casum sentit dominus, gestützt!

Allein sollte nicht die cst. 9. blos eine ganz specielle Beziehung hier aussprechen wollen?

57) „Personalem actionem debiti reposcendi causa integram te (creditorem) habere."

58) Z. B. cst 6. eod. „creditor pignora, quae causa interierint, praestare non compellitur, nec a petitione debiti submovetur." Vergl. auch cst. 5. 7. eod. ferner J. III. 14. quib. mod. re §. 4. nisi aliquo fortuito casu eam rem (pignus) amiserit (creditor,) securum esse, *nec impediri, creditum petere.*

In mehreren andern Stellen ist dasselbe Resultat ausgesprochen, und dabei in keiner als Entscheidungsgrund ein casum sentit dominus auch nur angedeutet [59]). Ja, in Einer ist gerade auf unser Princip hingedeutet. Justinian sagt nämlich in den Institutionen [60]): der Pfandgläubiger de *ea re, quam accepit,* restituenda tenetur“ und hieran knüpft er die Bemerkung, daß derselbe für den Casus nicht hafte.

Beachtet man dieses, und bedenkt man, daß unsere Quellen überhaupt bei Obligationen, weder, wie gezeigt wurde, bei einseitigen, noch, wie gezeigt werden wird, bei zweiseitigen, vom Eigenthum die Frage über die Gefahr abhängig machen, so müssen wir annehmen, daß die cst. 9. cit. eine andere specielle Beziehung haben müsse.

Eine solche liegt auch in der That sehr nahe zur Hand. Zu Diocletians Zeiten noch war es nicht selten, den Gläubiger statt durch pignus, durch *fiducia*, Sicherheit zu leisten. Jedenfalls lag zu jenen Zeiten eine Vergleichung des Verhältnisses beim pignus mit dem bei der fiducia noch sehr nahe. Hier wurde die Sache dem Gläubiger zu seiner Sicherheit in das Eigenthum übergeben, gegen das Versprechen der Rückgabe auf den Fall der Zahlung der Schuld. Sollten nun nicht bei der Fiducia hier ähnliche Grundsätze gegolten haben, wie sie auch das ältere deutsche Recht bei seinem Faustpfandcontracte annahm, nämlich der Grundsatz: daß nun die Sache insofern auf Gefahr des Gläubigers stehe, als, wenn die Sache zu Grunde geht, der Gläubiger seine Forderung verliert? Dies vermutheten schon Andere [61]), und gerade unsere Stelle macht es sehr wahrscheinlich. Schon die aufein-

59) C. IV. 24. de pign. act. cst. 5. 6. 8. VIII. 14. de pign. cst. 19. D. XXII. 2. de naut. foen. l. 6. XX. 1. de pign. l. 21. §. 2. XIII. 7. de pign. act. l. 13. §. 1.

60) J. III. 14. quib. mod. re §. 4. Vergl. auch D. XLIV. 7. de O. et A. l. 1. §. 6.

61) s. z. B. Hasse in der Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft B. IV. S. 429.

anderfolgende Reihe von fünf Rescripten über eine und dieselbe, an sich in der That unzweifelhafte Frage, über das periculum pignorum (C. IV. 24. de pign. act. cst. 5 — 9.) läßt schließen, daß hier aus einem ganz besondern Grunde ein Zweifel erregt worden seyn müsse. Dies kann nun aber denkbarer Weise kein anderer seyn, als eben das mit dem pignus so verwandte Verhältniß der fiducia, wenn, wie Cajus sagt: „fiducia contrahitur cum creditore pignoris jure." Sollte aber das Verhältniß der fiducia Zweifel erregen können, so müßte bei ihr etwas Anderes gelten, als was jene Rescripte beim pignus einschärfen, also müßten bei ihr pignora creditori perire. Dies nun vorausgesetzt [62]), sagt die cst. 9. nichts anderes, als: beim pignus ist das Verhältniß ein ganz anderes, als bei der *fiducia*, bei welcher das Eigenthum der Sache mit der Gefahr in Beziehung auf die Obligation auf den Gläubiger übertragen wird. Deßhalb haftet beim pignus der Gläubiger nicht für die Gefahr.

Allein wird man mir einwenden, auch bei dieser Erklärung komme man doch am Ende auf das casum sentit dominus. Denn bei der fiducia trage eben der Gläubiger den Zufall, weil er *dominus* sey. So nimmt es allerdings der Hauptschriftsteller über die fiducia, Conradi [63]). Er behauptet, daß bei der Fiducia in allen Fällen, nicht blos bei der fiducia pignoris jure contracta, also auch, wenn die Miethe dem Depositum und dergl. die fiducia beigefügt werde, der Empfänger die Gefahr doppelt trage, daß er, wenn er wegen Zufalls dem Geber die Sache nicht mehr emancipiren könne, Ersatz geben müsse. Der einzige Grund, den Con-

---

62) So erklären sich auch noch manche andere Stellen über andere Fragen ganz genügend nur durch einen solchen Gegensatz zur fiducia z. B. D. XX. 5. de distr. pign. l. 12. pr. vergl. mit Paulus sent. II. 13. §. 3.

63) Auf Conradi's Auctorität nimmt das Gleiche auch Glück Erläut. der Pand. B. XVII. S. 271 an.

radi hiefür anführt, ist der, weil der Empfänger Eigenthümer sey [64]). Beweise aber dafür, daß hier die Römer dem Eigenthümer seines Eigenthums wegen die Gefahr bei der Obligation auferlegten, bringt er nicht bei. Dagegen sprechen eine Menge von Gründen gegen die Anwendung eines solchen Princips bei der fiducia. Es zerstört, um nur Einiges anzuführen, Conradi selbst sein Princip, indem er zugibt, daß, wenn die Sache durch Zufall blos verschlechtert werde, der Empfänger nicht für den Casus hafte [65]). Wie soll aber bei Verschlechterungen hier etwas Anderes gelten, als bei Vernichtung? Conradi erklärt es daraus, weil, wenn der Empfänger die Sache verschlechtert remancipirt habe, dann der Geber wieder Eigenthümer sey, und deßhalb den früheren Casus zu tragen habe! Allein es bedarf wohl keiner Ausführung, daß, wenn überall der Grundsatz: casum sentit dominus, gelten würde, er jedenfalls auf die Zeit angewendet werden müßte, an welcher sich der casus ereignete, somit die Remancipation den Empfänger vom Ersetzen eines früheren Casus nicht befreien könnte.

Ein Hauptfall der fiducia ist, wie wir aus Cajus (II. 60.) wissen, wenn „cum amico fiducia contrahitur, quo tutius nostra res apud eum essent," und dies erhält aus einer Stelle von Boëthius, die auch Conradi bekannt war, noch mehr Licht [66]). Soll nun hier der blos im Interesse des Gebers liegende Eigenthumsübergang auf den Empfänger bewirken, daß dieser für den zufälligen Untergang der Sache Ersatz leisten muß?? Um eine solche exorbitante

---

64) F. C. Conradi de pacto fiduciae. Helmst. 1732. 1733. Exerc. 1. §. 11—17. und besonders Exerc. II. §. 9. 10. (auch in Conradi scripta minor. ad a Lud. Pernice. Vol. I. Hal. 1823. p. 195 sq. p. 223 sq.

65) l. c. exerc. II. §. 10.

66) „veluti, si quis tempus dubium timens, amico potentiori fundum mancipet, ut, cum tempus, quod suspectum est, praetierit, reddat." Boëth. in Cic. Top. 4.

Folge anzunehmen, müßte erst bewiesen seyn, daß die Römer ein casum sentit dominus in diesem Sinne als Princip angenommen hätten, was aber Niemand bewiesen hat. Conradi fühlt hier selbst das Auffallende der Behauptung, daß hier der Eigenthümer die Gefahr zu tragen habe. Daß es aber durch seine Bemerkung — es komme ja auch beim Depositum eine Uebernahme der Gefahr in Folge ausdrücklicher Verabredung vor, und dies werde Niemand ungerecht finden — nicht entfernt werde, dies bedarf keiner Ausführung.

Allerdings können aber bei einzelnen Fällen der Fiducia, wegen der besondern Natur dieser Fälle, andere Grundsätze eintreten, so daß dann der Empfänger die Gefahr zu tragen hat. Dies ist namentlich der Fall bei einem opus conductum, und so kann daher Plautus (Bacchid. IV, 4. 110.) wohl sagen: „Mea fiducia opus conduxi, et meo periculo rem gero." Ebenso nun konnte es bei der fiducia *pignoris causa* der Fall seyn. Wie das deutsche Recht das Faustpfand auf Gefahr des Faustpfandgläubigers stellt, selbst ohne daß er Eigenthümer wird [67], so konnten die Römer wohl zu der Ansicht kommen, daß der Gläubiger bei der fiducia pignoris causa, weil er noch mehr Sicherheit erhält, auch Etwas an der Gefahr tragen solle, ohne damit ein Princip: „casum sentit dominus" aussprechen zu wollen. Denn nicht im Eigenthum, sondern in der größern Begünstigung und Sicherheit der Gläubiger, welche er durch die Fiducia bekommt, würde hier der Grund der theilweise auf ihn übergehenden Gefahr liegen. Auch ist es ja kein eigentliches volles casum sentire. Denn wäre es dieses, so müßte er für den ganzen Werth der Sache dem Schuldner Ersatz geben, also wenn ihr Werth den Betrag der Schuld übersteigt, den Ueberwerth dem Schuldner zahlen. Daß aber dieses gegolten habe, dies läßt sich nicht erweisen. Vielmehr

67) Eichhorn deutsches Privatrecht §. 121. Mittermaier deutsches Privatrecht. 4te Ausg. §. 180.

ergibt sich aus den oben angeführten Argumenten (den constitt. 5—9. de pign. act., wenn man sie als Gegensätze zu den bei der fiducia pignoris jure geltenden Grundsätzen nimmt) blos soviel, daß das periculum bei der fiducia den Gläubiger nur theilweise, d. h. nur soweit traf, als es seine Forderung nicht überstieg, daß er also höchstens seine Forderung verlieren konnte.

(Der Schluß folgt im nächsten Hefte.)

VII.

Die künftige Stellung des Advokatenstandes.

Als Fortsetzung des Aufsatzes Nro. XVI. im vorigen Hefte.

Von Mittermaier.

Alle Versuche, eine gründliche Verbesserung unserer Proceßeinrichtungen zu bewirken, und die Oeffentlichkeit und Mündlichkeit in einer würdigen Gestalt als Grundlagen der neuen Umgestaltung einzuführen, müssen scheitern, wenn nicht vor allem auf eine bessere Stellung des Advokatenstandes, jenes Standes gedacht wird, von dessen Intelligenz, moralischer Kraft und Gerechtigkeitssinn es abhängt, in wie fern die Richter die Materialien der zu entscheidenden Processe treu, vollständig und klar erhalten und so in den Stand gesetzt werden sollen, gründliche Urtheile zu fällen. Der Stand der Advokaten ist es, der überall als der Rathgeber der Hülfsbedürftigen, als der Vertreter der Bedrängten, als Controle der Richter, als ewig wachender Beschützer aller Unterdrückten,